La jurisprudencia romana, cuna del Derecho

Rafael Domingo
Catedrático de Derecho romano y Director de la Cátedra Garrigues de Derecho Global
Universidad de Navarra

Difícilmente se pueden comprender los actuales ordenamientos jurídicos europeos, americanos y algunos del Este asiático (Japón, Corea, Filipinas y Taiwán, entre otros) sin los principios que informaron el Derecho romano, es decir, ese orden de convivencia conforme a justicia creado por los jurisprudentes de la antigua Roma republicana y coronado magistralmente, tras la *pax Augusta*, por los juristas del Principado. Conceptos básicos, constitutivos de nuestra civilización, como testamento, buena fe, servidumbre, usufructo, posesión, propiedad, contrato, sociedad, condición, etc. fueron elaborados en un momento histórico muy concreto en que las relaciones de justicia entre los ciudadanos y entre los pueblos fueron tratadas, como tales, desde una perspectiva científica, que, en el Derecho romano, es tanto como decir jurisprudencial. En efecto, de la misma manera que en la Grecia antigua floreció una cultura filosófica, gracias a la relación de unos hombres dedicados apasionadamente a la sabiduría, así también, en Roma, se creó, muy particularmente desde mediados del siglo II a.C. hasta mediados del III d.C., un ambiente jurisprudencial del más elevado nivel científico por la concurrencia de unos juristas expertos en el *ars boni et aequi*, como definió elegantemente uno de ellos, Celso, el Derecho (Celso-Ulpiano, D. 1.1.1pr.).

I

Los orígenes de la jurisprudencia romana los conocemos, en parte, gracias al discutido "enquiridion" o "manual" de historia del Derecho romano escrito por el jurista Pomponio, a mediados del siglo II d.C., con el que ciertamente se inauguró un modelo de literatura jurídica en el que ha de enmarcarse esta misma obra sobre juristas universales. En esta historia elemental, recogida en el título II del libro I del Digesto de Justiniano (D. 1.2.2.6), Pomponio afirma que de la llamada Ley de las XII Tablas manó el Derecho civil (*lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile*). De ahí que esta importante y peculiar ley de en torno al 450 a.C., que Tito Livio calificó como *fons omnis publici privatique iuris* (Livio 3.34.6), caída ya por tanto la monarquía (753 a.C.-509 a.C.) y en periodo de formación de la república, pueda ser -paradójicamente, pues los romanos no se caracterizan como legisladores- el más genuino punto de partida.

Pero hay fundamentos del *ius civile* más antiguos. En efecto, una tradición de los llamados posteriormente *mores maiorum* así como de las leyes regias recopiladas por el pontífice Sexto Papirio (*ius Papirianum*, cfr. Pomponio, D. 1.2.2.2: *leges sine ordine latas in unum composuit*) existen ya desde el siglo VI a.C. Estos *mores maiorum* son como la constitución no escrita de un pueblo, por lo que propiamente nunca fueron derogados, aunque sí adaptados a los nuevos modos de vida.

El propio Pomponio (D. 1.2.2.4) nos dice que esta Ley de las XII Tablas fue encargada a un colegio de patricios (*decemviri legibus scribundis,* de ahí que se denomine también como ley "decenviral"), y que estos, después de pedir información a otras ciudades griegas, probablemente de la Magna Grecia (Sur de Italia), las escribieron en tablas de marfil -hecho muy discutible- y ordenaron colocarlas en el foro para que fueran conocidas por todos (*...in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi*). Habiéndoseles concedido a los decenviros la facultad de corregir las leyes, hicieron uso de ellas añadiendo, a las diez existentes, dos nuevas tablas; de ahí que sean conocidas con el nombre de Ley de las XII Tablas (E. Varela, en *Textos de Derecho romano*, 2ª ed., Pamplona 2002 §1, págs. 19-36); más datos históricos nos ofrecen Tito Livio, en el libro tercero de su *Ab urbe condita*, y Dionisio de Halicarnaso, en el libro X de sus *Antiquitates Romanae*.

Redactada con un estilo sobrio heredado por la jurisprudencia romana posterior, contenía breves preceptos funerarios y jurídicos, penales y procesales, también de carácter interpretativo o incluso corrector de las costumbres al uso. Por desgracia, sólo la conocemos muy parcialmente por citas de autores bastante posteriores, como Cicerón y Aulo Gelio, y con un lenguaje más moderno, pues al parecer se perdieron con el saqueo e incendio de Roma por los galos el 387 a.C. Cicerón nos cuenta (*De legibus* 2.23.59) que, siendo niño, memorizó, como era costumbre, la ley "cantándola": "*discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium*". Es probable que esta versión de las XII Tablas tan prestigiada durante los dos últimos siglos de la República proceda de las *Tripertita* de Sexto Elio Peto Cato, del siglo II a.C., a la que en seguida me referiré.

La Ley de las XII Tablas, al reproducir ciertos principios del *ius antiquum*, vino a limitar el amplio poder discrecional del colegio pontifical, que fue verdaderamente quien, al adaptar las formalidades jurídicas a las prácticas sociales, se erigió en la fuente principal de creación del Derecho y guardián de este nuevo saber práctico. En efecto, los comienzos de un conocimiento jurídico técnico se corresponden con la actividad desarrollada por el colegio pontifical concretada en la interpretación del Derecho vigente (*interpretandi scientia*) y en la elaboración de fórmulas judiciales (*actiones*) (cfr. Pomponio, D. 1.2.2.6). Esta conexión entre la religión y el Derecho, en virtud de la forma constitutiva que los vivifica, justifica plenamente la competencia pontifical. A esta interrelación entre Derecho y religión, que no llegó empero nunca a una plena identificación, como sucedió en otros Derechos de la antigüedad, se refiere el propio Cicerón: "*...ius nostrum pontificium, qua ex parte cum iure civili coniunctum est...*" (*Brutus* 42.156). Esto explica la definición ulpianea de jurisprudencia (D. 1.1.10.1) como *divinarum atque humanarum rerum notitia*, recogida siglos después por Justiniano al inicio de sus Instituciones (Inst. 1.1.1). Por lo demás la *auctoritas* que revistió a los pontífices no fue de distinta naturaleza que la que posteriormente revistió a los juristas laicos.

Este monopolio jurídico pontifical, que cuidaba celosamente de sus fórmulas, se extendió aproximadamente hasta finales del siglo IV a.C. En efecto, en torno al 300 a.C., el escriba Gneo Flavio (edil en el 304 a.C.), publicó el libro de acciones de Apio Claudio el

Ciego (Pomponio, D. 1.2.2.7), que vino a denominarse "Derecho civil flaviano" (*ius civile Flavianum*), al parecer, a semejanza del citado *ius Papirianum.* A Apio Claudio -que fue censor en el 312 a.C. y cónsul en dos ocasiones, el año 307 a.C. y el año 296 a.C., y poseedor máximo de la ciencia del Derecho (Pomponio, D. 1.2.2.36: *maximam scientiam habuit*)- se atribuye también (Pomponio, D. 1.2.2.36) un libro, de contenido incierto, aunque probablemente contuviera fórmulas de acciones y caucionales.

A mediados del siglo III a.C., fue al parecer Tiberio Coruncanio, primer plebeyo que alcanzó el pontificado, quien por vez primera respondió en público (*respondere publice*) a las consultas de los particulares, privando así al ejercicio jurisprudencial del colegio pontifical de su exclusiva. Este *modus operandi* de la jurisprudencia a través de los *responsa* o dictámenes orales constituirá durante siglos el centro de la actividad jurisprudencial de apoyo fundamentalmente a magistrados jurisdiccionales, a jueces y a particulares. Esta jurisprudencia preclásica es llamada también "cautelar" (de *cavere*) por consistir principalmente su labor jurisprudencial en el auxilio a los ciudadanos en la redacción de fórmulas negociales. Por último fue actividad típicamente jurisprudencial el *agere*, es decir, la consistente en la elaboración de fórmulas procesales. Con todo, el arbitrio de esta actividad en los siglos IV y III a.C. mermó sustancialmente con la aparición de las llamadas acciones de la ley (*legis actiones*), caracterizadas por su rigor formal. A partir de la Ley Ebucia, del 130 a.C. aproximadamente, que señala el nacimiento del procedimiento *per formulas*, la actividad jurisprudencial en tema de *agere* volvió a resurgir hasta la codificación del Edicto en torno al 130 d.C., bajo Adriano (117-138 d.C.).

Sexto Elio Peto Cato, cónsul en el año 198 a.C. y censor en el 194 a.C., muy respetado por los juristas posteriores, es considerado propiamente el primer jurista en sentido pleno. Hermano de Publio Elio, también jurista y cónsul (Pomponio, D. 1.2.2.38: "*ut duo Aelii etiam consules fuerint*"), su penetrante inteligencia justifica precisamente su *cognomen* "Catus" (agudo). Amplió el número de acciones en su obra *Tripertita*, de la que conservamos algunas referencias (Lenel, *Palingenesia* I, cols. 1-2), denominada así por estar dividida en tres partes: un comentario a las XII Tablas; una segunda parte destinada a la interpretación y la tercera a las acciones (Pomponio, D. 1.2.2.38).

Junto a los Aelios, atribuye Pomponio la máxima autoridad jurídica a Publio Atilio (D. 1.2.2.38: "*maximam scientiam in profitendo habuerunt*"), en realidad Lucio Atilio, de quien dice que fue el primero en ser llamado "Sabio" por el pueblo ("*primus a populo Sapiens appellatus est*"), por sus conocimientos en Derecho (Cicerón, *De amicitia* 2.6: "*quia prudens esse in iure civili putabatur*"). A los tres une la condición de haber comentado la Ley de las XII Tablas (Cicerón, *De legibus* 2.59).

Contemporáneo de Lucio Atilio (Cicerón, *De amicitia* 2.6) fue M. Porcio Catón, el Viejo (234-149 a.C.), cónsul el 195 y censor el año 184 a.C., que, al parecer, dio *responsa* como jurista, tras haber combatido felizmente contra los indómitos habitantes (*ferox genus*, Livio 34.17) de Hispania y Siria; así como su hijo Marco Porcio Catón Liciniano, que premurió al padre en el 152 a.C. (Plutarco, Catón, el Viejo 24.9 y Aulo Gelio 13.20.9). A Catón Liciniano se atribuye un comentario de Derecho civil (Aulo Gelio 13.19.9: "*et egregios de iuris disciplina libros reliquit*"), aunque no debe descartarse que estos libros recogieran los *responsa* del padre (A. Guarino, *Storia del Diritto romano*, 12ª ed., Nápoles 1998, §152).

A esta jurisprudencia preclásica se deben aportaciones tan importantes como la invención de la emancipación, con apoyo en las XII Tablas 4.2b ("*si pater filium ter venum*

duuit, filius a patre liber esto"), y del verdadero testamento, que evidencia el genio jurídico romano (Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 9ª ed., Pamplona 1997, §30).

II

La ordenación y más plena interpretación del Derecho, precisamente en un periodo crítico de la república romana, viene unida al nombre de tres juristas, de mediados del siglo II a.C., conocidos tan sólo por citas, que son considerados por Pomponio (D. 1.2.2.39) como sus fundadores (*qui fundaverunt ius civile*), quizá por haberlo consolidado definitivamente: Manio Manilio, cónsul el año 149 a.C., Marco Junio Bruto, pretor en torno al 140 a.C., y Publio Mucio Escévola, cónsul el 133 a.C.

De gran modestia y equidad (Zonaras, *Annales*, 9.27, ed. Pinder, pág. 285), amigo de Escipión Emiliano (185-129 a.C.) y recordado con admiración por Cicerón (*De oratore* 3.133), Manio Manilio gozó de gran autoridad como jurisconsulto, tanto por sus *responsa* como por su actividad cautelar. Entre su obra escrita fueron famosos sus formularios negociales para la compraventa (*Manilianae venalium vendedorum leges*). Perteneciente a una ilustre familia cuya *nobilitas* se remontaba al siglo IV a.C., el segundo fundador del *ius civile*, Marco Junio Bruto, puede ser tenido por precursor de la fuerte influencia helenista que sufrirá al poco la jurisprudencia romana. Fue autor de una colección de *responsa* en forma dialogada con su hijo, que aparece como interlocutor, conforme al más genuino estilo griego. El tercero de los fundadores fue Publio Mucio Escévola, cónsul el 133, como se ha dicho, y *pontifex maximus* desde el 131 hasta su muerte el 115 a.C. Pertenecía a una estirpe de juristas insignes como su hermano P. Licinio Craso Muciano (Cicerón, *Brutus* 26.98) -que Pomponio confunde con el orador L. Licinio Craso (D. 1.2.2.40)-, su primo Quinto Mucio Escévola, el Augur, cónsul el año 117 a.C., y sobre todo su hijo, cónsul el año 95 a.C., Quinto Mucio Escévola, el Pontífice. No se nos ha conservado el título de ninguna de las diez obras que al parecer escribió Publio Mucio Escévola (Pomponio, D. 1.2.2.39: "*Publius Mucius etiam decem libellos reliquit*").

Una discusión científica sobre la consideración como fruto del hijo de una esclava en usufructo, protagonizada por los tres fundadores del *ius civile*, puede constituir un buen ejemplo sobre los intereses de esta primera jurisprudencia clásica. Cicerón nos da noticia de ella en *De finibus* 1.12: "*an partus ancillae sitne in fructu habendus, disseretur inter principes civitatis P. Scaevolam M'. que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet...*"). La opinión de Bruto -a saber, que un hombre no puede pertenecer como fruto a otro hombre ("*neque enim in fructu hominis homo esse potest*") por lo que el hijo de la esclava usufructuada sería del dueño de la esclava y no del usufructuario- fue la que prevaleció en la tradición jurisprudencial (Ulpiano, D. 7.1.68pr.). Otra disputa científica entre los fundadores del *ius civile* versó acerca del posible efecto retroactivo en la aplicación de la *lex Atinia de usucapione* (s. II a.C.), que prohibía la usucapión de cosas hurtadas (Aulo Gelio 17.7.3: "*utrumque in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta*").

Discípulos de los fundadores fueron: Publio Rutilio Rufo, cónsul en Roma el 105 a.C., a quien se debe, entre otras aportaciones, la incorporación edictal de una acción con transposición de personas a favor del *bonorum emptor* llamada precisamente *actio Rutiliana* (Gayo 3.35); Aulo Virginio (al que Pomponio, D. 1.2.2.40, llama erróneamente Paulo Verginio) y Quinto Elio Tuberón, el Viejo, cónsul el 118 a.C. Contemporáneos fueron también Quinto Mucio Escévola, el Augur, cónsul el 117 a.C., el excelente jurista Sexto Pompeyo (Cicerón, *Brutus* 47.175), Celio Antípatro, más orador e historiador que

propiamente jurista, y su discípulo, ya mencionado, L. Licinio Craso, cónsul el 95 a.C., famoso orador y elocuente jurista (Cicerón, *Brutus* 39.145).

Dos son las principales características de los juristas republicanos, a saber: su *auctoritas* personal y su mencionada helenización. En efecto, a diferencia de los juristas modernos, acostumbrados a dictámenes y sentencias excesivamente prolijas, cuyo valor deriva más de la propia argumentación que de su personal autoridad, en la jurisprudencia republicana el *responsum*, es decir, la respuesta al caso concreto que se plantea, no estaba motivado pues su valor residía precisamente en la autoridad del que lo profería. Cuenta Cicerón (*De oratore* 56. 239-240), por boca del orador Marco Antonio, cónsul el 99 a.C., que, en cierta ocasión, un campesino se acercó a Licinio Craso Muciano para consultarle un caso y que éste le respondió según la verdad y no sus intereses ("*verum magis quam ad suam rem accommodatum*"). Entristecido el campesino, se lo comentó al orador Galba, que le dio la razón. Habiendo intentado éste convencer a Licinio Craso de que el campesino tenía razón, Craso se apoyó en la autoridad (*ad auctores confugisse*) de su hermano Publio Mucio y de Sexto Elio Peto alegando que ellos mantenían el mismo criterio.

Claro ejemplo de autoridad personal es el que recoge Cicerón (*Brutus* 51.197) a propósito de la conocida *causa Curiana*, quizá del 93 a.C., en la que Quinto Mucio Escévola fundó su opinión en la autoridad de su padre Publio, que siempre había defendido esa misma posición (*...de auctoritate patris sui, qui semper illud ius esse defenderat*). Con todo, la personal *auctoritas* de un jurista cesa ante una *communis opinio* o una *regula veterum* (F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I, Múnich 1988, pág. 498).

En muchos de estos juristas republicanos se advierte una cuidada educación helenística tan propia de la culta aristocracia romana, a la que normalmente pertenecían. En efecto, durante este periodo, la jurisprudencia romana se "heleniza" plenamente. Tanto es así que Fritz Schulz denomina a esta época: "*The Hellenistic period of Roman jurisprudence*" (F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., Oxford 1953, pág. 38). Considera Schulz que la influencia helenista fue extraordinariamente importante por hallarse entonces la jurisprudencia romana lo suficientemente madura para ser estimulada por la filosofía griega pero también para no ser desnaturalizada por ella: "*Roman legal science contained in itself great potentialities, but to release them and bring them into activity there was needed the solvent energy of Greeks forms*" (F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., Oxford 1953, págs. 38 s.).

Pero con razón observa Franz Wieacker (*Römische Rechtsgeschichte* I, Múnich 1988, pág. 639) que, si bien la jurisprudencia romana utilizó métodos para la formación de conceptos jurídicos o de clasificación propios de la filosofía política o jurídica, la ontología, la retórica o la gramática griegas, no puede hablarse propiamente de una repentina transformación, por este camino nuevo, de la jurisprudencia romana en un *ars iuris* dialéctico.

De las tres artes, gramática, retórica y dialéctica, fue la retórica la que se introdujo en el foro romano, creando el oficio de abogados no juristas, interesados por los *facta* pero no por el *ius*, entre los que brilló Cicerón. Los jurisprudentes, en cambio, se vieron más atraídos por el método dialéctico de división por géneros, excelentemente descrito por Platón en su diálogo sobre *El sofista* (253 d-e), de ca. 365 a.C., por boca del extranjero de Elea. Consistía la dialéctica en un método conducente a la obtención de un orden coherente de conocimientos. En primer lugar se distinguían (*diaireseis*, *differentia*) géneros (y entre estos, especies) del conjunto de conocimientos o de cosas objeto de estudio; en un segundo momento, por inducción o analogía, se extraía la *regula* (o canon, en griego) aplicable a

cada género o especie e incluso una definición del concepto para finalmente ordenarlos lógicamente conforme a un orden racional. En efecto, los juristas romanos incorporaron la técnica divisoria del *genus* y *species* para hallar la mejor solución a cuestiones relativas a instituciones singulares, aunque lejos todavía de los proyectos ciceronianos -el gran helenista del atardecer republicano- recogidos en su diálogo *De oratore* (1.41.185-1.42.191), a fin de conseguir la perfección en el arte de la jurisprudencia (*De oratore* 1.42.190: "*perfectam artem iuris civilis habebitis*..."). De los juristas de esta época, tanto Publio Rutilio (*De officiis* 3.2.10) y Tuberón el Viejo (Cicerón, *De oratore* 3.23.87, *Tusculanae* 4.2) como Quinto Mucio Escévola, el Augur (Cicerón, *De oratore* 1.11.45; 1.17.75), tuvieron común maestro a Panecio, cuyas doctrinas fueron determinantes en la preparación cultural para el Principado.

Influencia helenista, por su singular conocimiento de la dialéctica, recibió el que quizá fuera el jurista más importante de la *res publica*: Quinto Mucio Escévola, el Pontífice. Utilizando esta técnica de la "diairesis", individuó, por ejemplo, entre otros, los *genera tutelae* (Gayo 1.188) y los *genera possessionum* (Paulo, D. 41.2.3.23). Pero además -y esto es realmente lo meritorio- a él atribuye Pomponio la primera ordenación del Derecho, inspirado en el método de la dialéctica, en dieciocho libros (D. 1.2.2.41: "...*ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*"), conforme a la siguiente clasificación: herencia (testamento y sucesión intestada); personas (matrimonio, tutela, *statuliberi*, *patria potestas*; *dominica potestas*; *liberti,* apéndice: *procurator* y *negotiorum gestio*); cosas (posesión y usucapión; no uso y *libertatis usucapio*), y obligaciones (*ex contractu* y *ex delicto*) (cfr. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., Oxford 1953, pág. 95). La importancia teórica y práctica de esta obra (*De iure civili libri XVIII*, *Palingenesia* I. col. 757-762), decisiva para la posterior ordenación sabiniana, lo evidencia el hecho de que fuera extensamente comentada, hasta en el siglo II d.C., por juristas como Lelio Félix (*Ad Q. Mucium*, *Palingenesia* I, col. 557-558), Gayo y Sexto Pomponio (*Ad Q. Mucium libri XXXIX*, *Palingenesia* II, col. 60-79), obra ésta fundamental para la reconstrucción del orden muciano. Atribúyese también a Quinto Mucio un *liber singularis definitionum*, intitulado en griego, del que el Digesto nos ha conservado algunos fragmentos (D. 41.1.64; D. 43.20.8; D. 50.16.241; D. 50.17.73). La alta creatividad de este jurista, que "*non rimase prigioniero della tradizione civilistica più antica*" (M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2ª ed., Nápoles 1982, págs. 108 s.), se manifiesta, por citar algún ejemplo, en la invención de la caución a la que dio nombre (*cautio Muciana*), para resolver el problema de la adquisición de legados sometidos a condición negativa (Juliano, D. 35.1.106; Gayo, D. 35.1.18), de la presunción Muciana, conforme a la cual todo lo que recibió la mujer procede del marido (aunque no llamada así por las fuentes; cfr. Pomponio, D. 24.1.51pr. y CJ. 5.16.6.1, del 229).

Muchos fueron los discípulos de Quinto Mucio Escévola, el Pontífice. Gozaron de especial *auctoritas* Aquilio Galo -a quien se debe la *stipulatio aquiliana* (Inst. 3.29.2; Florentino, D. 46.4.18.1), la acción de dolo, quizá como pretor peregrino el 66 a.C., y los *postumi aquiliani* (Escévola. D. 28.2.29pr.)- Volcacio, Lucilio Balbo, Cayo Juvencio y probablemente Cornelio Máximo (F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I, Múnich 1988, pág. 615), maestro de Trebacio Testa (Pomponio, D. 1.2.2.45, y Cicerón, *Ad familiares* 7.8.2; y 7.17.3).

Rival de Quinto Mucio, con quien polemizó en su obra *Reprehensa Scaevolae capita* o *Notata Mucii*, y discípulo de Lucilio Balbo (*institutus*) pero principalmente de (*instructus autem maxime*) de Aquilio Galo (Pomponio, D. 1.2.2.43), fue Servio Sulpicio Rufo (ca.

105-43 a.C.), el jurista republicano más importante de la generación siguiente a Mucio. Pretor el año 65 a.C. y cónsul el 51 a.C., su buen amigo Cicerón, con quien estudió oratoria en la escuela de Molón de Rodas (Cicerón, *Brutus* 41.151), lo tiene -opinión que debe tomarse con muchas reservas por lo dicho hasta ahora- por auténtico fundador de la dialéctica jurídica (*Brutus* 42.153). Dedicado al Derecho ya a edad tardía, a causa de la fuerte reprensión de Quinto Mucio precisamente por ignorar el Derecho (D. 1.2.2.43: "*et ita obiurgatum esse a Quinto Mucio*"), dejó sin embargo muchos discípulos (Pomponio, D. 1.2.2.44: "*ab hoc plurimi profecerunt*"), cuyas obras fueron ordenadas por Aufidio Namusa en ciento cuarenta libros. Junto a éste, Pomponio menciona a nueve *auditores Servii*: Alfeno Varo, Aulo Ofilio, Tito Cesio, Aufidio Tuca, Flavio Prisco, Cayo Ateyo, Pacuvio Antistio Labeón (padre de Marcos Antistio Labeón), Cayo Cinna y Publicio Gelio. De éstos Alfeno Varo, cónsul *suffectus* el año 39 a.C., y Aulo Ofilio, amigo de César (*familiarissimus Caesari*) y maestro de Tuberón el Joven, fueron los que contaron con mayor autoridad (*plurimum auctoritatis*), en opinión de Pomponio (D. 1.2.2.44).

Entre los ciento ochenta libros que dejó escritos Servio (Pomponio, D. 1.2.2.43), se halla un breve comentario al edicto del pretor, que dedicó a Bruto (Pomponio, D. 1.2.2.44: "*Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit*"). Desgraciadamente, no se nos ha conservado ningún fragmento de él. En efecto, fue el edicto de los magistrados, muy particularmente el del pretor -"*Masterpiece of Republican Jurisprudence*" (F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., Oxford 1953, pág. 127)-, sin duda, el instrumento que permitió a la jurisprudencia republicana compatibilizar la deseada innovación con un exquisito respeto a la tradición del *ius civile.* Elaborado cada año, con la ayuda de los juristas, por el pretor correspondiente a partir de los edictos anteriores, servía esta *lex annua* -así la denomina Cicerón (II *In Verrem* 1.42.109)- para completar y, en su caso, rectificar, el *ius civile*. Fue precisamente el año 67 a.C. -es decir, dos años antes de la pretura de Servio Sulpicio Rufo- cuando se promulgó la *Lex Cornelia de edictis praetorum* o *de iurisdictione*. Este plebiscito obligó a los pretores -lo que no había sucedido hasta ese momento- a quedar jurídicamente vinculados por sus propios edictos: "*ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*" (Asconio, *Pro Cornelio de maiestate* 52; cfr. también Dion Casio, 36.40.1). Con esta personal vinculación magistradual el edicto pasó a tener una importancia mayor y a constituir la principal fuente jurídica de potestad, pues las leyes públicas que trataron cuestiones jurídicas fueron muy pocas. A su vez, cumplió una función principalísima en la consolidación del proceso civil *per formulas*, que permitió un desarrollo cabal de la jurisprudencia.

III

El máximo esplendor de la jurisprudencia romana coincidió con el "Principado" instaurado por Octavio (63 a.C.-14 d.C.), el año 27 a.C., cuatro años después de la victoria en *Actium* contra Marco Antonio (ca. 83-31 a.C.), y se prolongó hasta el final de la dinastía severiana, el 235 d.C. Como simbólico del fin de la jurisprudencia clásica se puede destacar el asesinato del último gran jurista clásico, Domicio Ulpiano, quizá el año 223, a consecuencia de una conjuración de la guardia pretoriana que no pudo ser controlada por el emperador Alejandro Severo (222-235).

Octavio, sin pretender como César instaurar una monarquía helenística (pero sin olvidarse completamente de ella), restauró la vieja república romana, otorgando poderes al Senado y al Pueblo (conforme a la tradicional fórmula republicana *Senatus Populusque*

Romanus) y encubriendo su personal potestad en su *auctoritas Principis* Ésta lo consagraba como guía, protector de la república y como "Augusto" que daba plenitud al *augurium augustum* de la fundación de Roma.

La instauración del Principado, al desvirtuar *a radice* la fórmula *SPQR*, no dejó de afectar también a las fuentes de producción del Derecho. En efecto, sabemos por Pomponio (D. 1.2.2.49) que, para que el Derecho tuviera una mayor autoridad ("*ut maior iuris auctoritas haberetur*"), Augusto dispuso que los juristas pudieran responder *ex auctoritate Principis* siempre y cuando así les fuere concedido (*pro beneficio*). Es posible que, en contra de lo que se ha dicho, Augusto pretendiera con esta medida menos el control de la misma jurisprudencia que la selectiva protección con su *auctoritas* de unos cuantos juristas insignes a los que poder involucrar en la causa del Principado. En época augusta, sin embargo, no llegó a funcionar organizadamente este beneficio imperial sino que hubo que esperar a Tiberio (42 a.C.-37 d.C.), que concedió el *ius respondendi* por vez primera al jurista Masurio Sabino (D. 1.2.2.48 y 50), que dio nombre a una de las más importantes escuelas jurídicas.

En efecto, a comienzos del Principado, surgieron dos corrientes jurisprudenciales, llamadas escuelas o *sectae* (Pomponio, D. 1.2.2.47), formadas, una, por "mucianos" (partidarios de las doctrinas de Quinto Mucio Escévola), y, otra, por "servianos" (que sintonizaban más con las de Servio Sulpicio Rufo). La primera fue denominada "Sabiniana" -en honor a Masurio Sabino- o "Casiana" -por Casio Longino- y la segunda, "Serviana" o "Proculeyana" -por Próculo-.

Pomponio (D. 1.2.2.47) atribuye el nacimiento de ambas escuelas a la rivalidad entre Ateyo Capitón -discípulo de Ofilio- que gozó del favor del príncipe, y Antistio Labeón - discípulo de Trebacio Testa- fiel defensor de las ideas republicanas. Tácito nos cuenta (*Annales* 3.75), a propósito de la muerte de Capitón († 22 d.C.), que el servilismo y la sumisión de éste lo aproximaba a los gobernantes (*Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur*) y le permitió alcanzar el consulado, como *suffectus*, el 5 d.C. Labeón, en cambio, brillaba por su espíritu de libertad incorruptible, lo que le hizo más famoso (*sed Labeo, incorrupta libertate et ob id fama celebratior*), a pesar de haber rechazado la más alta magistratura, como su maestro Trebacio Testa y Aulo Cascelio. Capitón calificaba esta libertad de espíritu labeoniana como nimia e insensata (*nimia atque vecors*), pues le impedía tener en consideración aquellas nuevas disposiciones de Augusto, Príncipe y dominador de la república (*iam principe et rem publicam obtinente*), por no haber sido sancionadas conforme a los más auténticos usos republicanos (Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 13.12.2).

Plinio el Joven refiere, sin embargo, que el verdadero fundador de la Escuela Casiana no fue Capitón -de hecho no se llamó nunca "Escuela Capitoniana"- sino el propio Casio Longino (*Epistulae* 7.24.8: "*...qui Cassianae scholae princeps et parens fuit*"), discípulo de Masurio Sabino (Paulo, D. 4.8.19.2), A ella pertenecieron juristas como Celio Sabino, Javoleno Prisco, Aburnio Valente, Tusciano, el gran Salvio Juliano o Gayo, famoso por sus *Instituciones*. También pertenecieron insignes juristas a la Escuela Proculiana, como Nerva padre, que sucedió a Labeón en la dirección de la Escuela (Pomponio, D. 1.2.2.48), el mismo Próculo, discípulo de Nerva padre, Nerva hijo, Pegaso -contemporáneo y rival del sabiniano Celio Sabino- los Celso (padre e hijo) o Neracio Prisco.

Si bien entre ambas escuelas debieron de existir ciertas *dissenssiones* -de las que trata especialmente Gayo, más afín a los sabinianos, en sus *Instituciones* (2.79, a propósito de la especificación; 2.123, de la preterición; 2.193-195 y 200, del legado vindicatorio; 2.216-

217 y 221, del prelegado; 3.140-141, del precio de la compraventa; 3.168, de la *datio in solutum*), pero también Pomponio (D. 30.26.2, en tema de legado de partición)-, lo cierto es que la pertenencia a una u otra era más una cuestión de sintonía personal con el maestro que de opción por una metodología o ideología. Así, en dos juristas contemporáneos y pertenecientes a la Escuela Proculiana, como son Celso hijo y Neracio Prisco, hallamos talantes completamente diferentes: el del primero, práctico e innovador, y el del segundo, más teórico y conservador (cfr. Á. d'Ors, *Derecho privado romano,* 9ª ed., Pamplona 1997 §44).

La rivalidad entre ambas escuelas se superó en época del emperador Adriano, pues, a partir de entonces, fue el nuevo por tecnificado *consilium Principis*, y no las escuelas, el que marcó la pauta en la elaboración y reflexión jurídica, y muy particularmente el jurista Salvio Juliano, discípulo de Javoleno Prisco y quizá último corifeo de los sabinianos, con quien se cierra el citado *enchiridion* de Pomponio (D. 1.2.2.53). El emperador Adriano encargó a este doctísimo jurista, de estilo claro y sencillo, una redacción definitiva del edicto *de iurisdictione*, que fue aprobada por senadoconsulto (cfr. *Constitución Tanta* §18: "*et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est...*"). A partir de ese momento, el edicto, principal fuente de potestad en la producción del Derecho, capaz de armonizar el *ius civile* con el llamado *ius honorarium*, pasó a ser un libro de autoridad. La nueva fuente del Derecho impulsada, a cambio, por Adriano, fueron los rescriptos, emanados de su propia cancillería imperial. En efecto, eran aquellos las respuestas de ésta, siguiendo la tradición plurisecular de los *responsa*, a las consultas elevadas al Príncipe, a través de la secretaría imperial *a libellis*, suscritas en las propias instancias presentadas por los peticionarios. Los rescriptos fueron la fuente viva del *ius* hasta incluido Diocleciano (284-305 d.C.), especialmente en provincias, y junto a los discursos imperiales ante un senado deseoso de aclamar la voluntad del Príncipe (*orationes Principis*), configuraron el llamado *ius novum*.

Contemporáneo de Juliano fue Celso, cónsul por segunda vez el año 129 d.C. (Ulpiano, D. 5.3.20.6). De estilo sobrio y elegante, a él debemos la mencionada definición del Derecho como *ars boni et aequi* (Celso-Ulpiano, D. 1.1.1pr.), así como las todavía hoy famosas reglas de interpretación de las leyes, extraídas de sus *digesta*, de que conocer las leyes no es sólo entender sus palabras sino su sentido y su finalidad -"*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*" (D. 1.3.17)- y que éstas han de interpretarse en el sentido más benigno: "*benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*" (D. 1.3.18).

El estilo casuístico de esta época continúa con Sexto Cecilio Africano. De origen africano, como señala su *cognomen*, igual que su maestro Salvio Juliano, cuyo pensamiento difundió profusamente, dejó escritos, entre otros, nueve libros de *quaestiones*, que fueron muy aprovechados por los compiladores justinianeos. Algo más joven que Juliano y contemporáneo de Africano, fue Sexto Pomponio, célebre por su citado *enchiridion*, quien dejó escrita una vasta obra -más de 300 obras-, de la que se nos han conservado 861 fragmentos.

Mención especial merece Gayo. Sólo conocido por el *praenomen* y nunca citado por los juristas clásicos, se ha pretendido desacertadamente identificarlo con Gayo Casio Longino. Simpatizante de la escuela sabiniana (*Instituciones* 1.196; 2.195; 4.79: "*Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores*"), su nombre fue prestigiado en época posclásica por ser uno de los cinco juristas mencionados en la famosa Ley de Citas (vid infra) y por el especial afecto que le profesa Justiniano, que lo llama en dos ocasiones

Gaius noster (constitución *Omnem* 6; Inst. 4.18.5). Tenido por un "pre-posclásico" (Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 9ª ed., Pamplona 1997, §52) -pues anticipa en parte la época posclásica-, sus "Instituciones" constituyen una de las obras jurídicas más influyentes de todos los tiempos por dos razones, a saber: en primer lugar, porque, al haber sido halladas, en 1816, en el palimpsesto de Verona, no presentan las alteraciones de otros textos jurisprudenciales seleccionados en el Digesto, por lo que nos ofrecen una información incomparable sobre el Derecho romano clásico, especialmente en tema de procedimiento, que se remonta incluso a época arcaica. En segundo lugar, porque al estar basadas las Instituciones de Justiniano en las de Gayo, comenzando por la distinción sistemática entre personas, cosas y acciones, así como la clasificación de las fuentes de las obligaciones, el sistema gayano ha tenido una influencia definitiva en el Derecho europeo a través de la recepción del Derecho justinianeo.

Contemporáneo de Gayo, Pomponio y Africano fue, entre otros, P. Pactumeyo Clemente, *consul suffectus* en 138 d.C. y miembro del *consilium* de Antonino Pío. Sabemos por Capitolino (*Vita Pii* 12.1) que formaban parte de este consejo Vindio Vero, Salvio Valente, Volusio Meciano y Ulpio Marcelo. Este último, algo mayor en edad, perteneció también al *consilium* de Marco Aurelio (Marcelo, D. 28.4.3) y dejó escritos, entre otras obras, treinta y un libros de digestos (*Palingenesia* I, col. 589-632), de los que se nos han conservado 267 fragmentos.

Consejero directísimo de Marco Aurelio (Flavio Vopisco Siracusano, *Vita Marci* 11.10: "*usus autem est Scaevola praecipue iuris perito*") y agudo jurista fue Cervidio Escévola, maestro de Julio Paulo y de Claudio Trifonino, que lo llamaron *Scaevola noster* (Paulo, D. 3.5.18[19].1 y Trifonino, D. 20.5.12.1; D. 49.17.19pr.). Estos dos discípulos pertenecen a la última generación de juristas clásicos, ya en época severiana, en la que la jurisprudencia perdió la frescura y la creatividad de los dos siglos anteriores. Con todo, será en esta etapa epigonal cuando florecerán las doctrinas del jurista romano más famoso de todos: Emilio Papiniano, amigo personal del emperador Septimio Severo (Esparciano, *Vita Caracallae* 8.2), del que llegó a ser su *praefectus praetorio*. Su aguda y profunda inteligencia, su fina sensibilidad ética (Papiniano, D. 28.7.15: "*nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*"), su estilo oscuro, sobrio y arcaizante, unido a su honestidad -que le costó la vida por no haber consentido en el fraticidio de Geta por Caracala (Esparciano, *Vita Caracallae* 8: "*non tam facile parricidium excusari posse quam fieri*")- lo situaron durante siglos en la cumbre de la jurisprudencia romana. El emperador Justiniano (CJ. 6.42.30, del 529) lo califica como "*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*".

Asesores de Papiniano, en su época de prefecto pretorio, fueron Paulo y Ulpiano. Aunque sea éste más conocido (casi un tercio del Digesto está tomado de sus obras), la lectura contrastada, por ejemplo, de sendos comentarios *ad edictum* nos hace pensar en la superioridad de aquél, más original y profundo. La confianza que tenía en su propio criterio jurídico le llevó a desautorizar la opinión de su jefe Papiniano -que no admitió excusa finalizado el cargo (*officio finito excusationem recipi non oportere*)- por considerarla injusta: "*sed mihi hoc nequaquam placet: iniquum enim est...*" (Paulo, D. 23.2.60.4).

Jurista que hace de puente entre lo clásico y lo posclásico fue Herennio Modestino. En su monografía de *excusationibus*, califica a Cervidio Escévola, Paulo y a su maestro Ulpiano como "príncipes de los juristas" (D. 27.1.13.2) dando así por culminado el periodo de máxima creatividad jurisprudencial. Todavía es mencionado en un rescripto del

emperador Gordiano III (CJ. 3.42.5), del 10 de febrero de 239, como jurista de no desdeñable autoridad ("*a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est*"), pero su dogmática tendencia sistematizadora y su profunda helenización (escribió parte de sus obras en griego) lo delatan ya como un posclásico.

IV

La jurisprudencia clásica logró altas cotas de perfección doctrinal y creatividad, pero no una ordenación sistemática precisa. La pasión magisterial de los juristas -Labeón dedicaba seis meses a la enseñanza en Roma (Pomponio, D. 1.2.2.47)- dejó una literatura jurídica fecunda y variada, que se concreta en extensos comentarios a leyes, senadoconsultos, edictos, obras de casuismo jurídico, colecciones de fórmulas, monografías y otras obras de literatura isagógica, así como libros de reglas, definiciones, sentencias y opiniones.

Gran parte de esta literatura nos resulta fácilmente accesible gracias al esfuerzo de Otto Lenel por reordenar por autores en su *Palingenesia Iuris Civilis* (2 vols., Leipzig 1889, reimpr. con un suplemento de L. Sierl, Graz 1960, reimpr. Aalen 2000) los fragmentos jurisprudenciales que conocemos principalmente por el Digesto de Justiniano.

Entre los libros de comentarios, se pueden destacar los relativos *ad edictum praetorum*, *ad edictum aedilium curulium* y al enigmático *edictum provinciale*. Junto a los ya mencionados de Servio Sulpicio Rufo (*Palingenesia* II, cols. 322 s.) y Ofilio (*Palingenesia* I, cols. 795 ss.), comentaron el edicto, entre otros, Labeón (*Ad edictum praetoris peregrini*, *Palingenesia* I, col. 501, y *Ad edictum praetoris urbani*, *Palingenesia* I, col. 502), Masurio Sabino (*Ad edictum praetoris urbani*, *Palingenesia* II, col. 187); Pomponio (*Palingenesia* II, cols. 15 ss.), Gayo (*Ad edictum praetoris urbani*, *Palingenesia* I, cols. 182 ss.; *Ad edictum provinciale libri XXXII*, *Palingenesia* I, cols. 189 ss.), Paulo (*Ad edictum libri LXXX*, *Palingenesia* I, cols. 966 ss.), Ulpiano (*Ad edictum libri* LXXXIII, *Palingenesia* II, cols. 421 ss.) y Calístrato (*Ad edictum monitorium libri VI*, *Palingenesia* I, cols. 94 ss.). A través de los comentarios edictales, especialmente los de Ulpiano, Paulo y Gayo (*ad edictum provinciale*), así como los *digesta* de Juliano, ajustados al orden edictal, se han elaborado distintas reconstrucciones del Edicto Perpetuo de Juliano, que no se nos ha conservado. La más genial fue la de Adolf Friedrich Rudorff (Leipzig 1896; reimpr. Pamplona 1997); la más completa, aunque todavía lejos de ser definitiva, la de Otto Lenel (3ª ed. Leipzig 1927; reimpr. Aalen 1985).

Fueron también, como he dicho, objeto de comentario algunas leyes y senadoconsultos: por ejemplo, la Ley de las XII Tablas, de la que se ocuparon Labeón (*Ad duodecim Tabulas*, *Palingenesia* I, col. 501) y Gayo (*Ad legem duodecim Tabularum libri VI*, *Palingenesia* I, cols. 242 ss.). Este enigmático jurista escribió también un comentario *Ad legem Iuliam et Papiam libri XV* (*Palingenesia* I, cols. 246 ss.), un *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* (*Palingenesia* I, col. 261), de época de Adriano, y otro *ad senatus consultum Orfitianum* (*Palingenesia* I, col. 261), del 178 d.C. Paulo, por su parte, redactó un comentario *Ad legem Cinciam*, del 204 a.C. (*Palingenesia* I, col. 1121), otro *Ad legem Falcidiam*, del 40 a.C. (*Palingenesia* I, cols. 1121 ss.), y otro a la ley *Aelia Sentia* sobre manumisiones, del 4 d.C. (*Palingenesia* I, col. 1120 ss.) etc.

Los comentarios a obras jurídicas precedentes elaboradas por juristas de gran *auctoritas* fueron, en general, muy apreciados por cuanto armonizaban un exquisito respeto a la tradición con "*le esigenze di adeguamento dei principî antichi ai novi tempi ed alla*

nuove visuali" (A. Guarino, *Storia del Diritto romano*, 12ª ed. Nápoles 1998, §218). Así los ya mencionados comentarios a la obra de Quinto Mucio Escévola, el Pontífice; los comentarios a los tres *libri iuris civilis* de Masurio Sabino elaborados, entre otros, por Pomponio (*Ad Sabinum libri XXXVI* [?], *Palingenesia* II, cols. 86 ss.), Paulo (*Ad Masurium Sabinum libri XVI*, *Palingenesia* I, cols. 1251 ss.) y Ulpiano (*Ad Masurium Sabinum libri LI*, *Palingenesia* II, cols. 1019 ss.); los comentarios de Javoleno a la obra de Casio (*Ex Cassio libri XV*, *Palingenesia* I, cols. 277 ss.) o los de Paulo a la de Neracio Prisco (*Ad Neratium libri IV*, *Palingenesia* I, cols. 1140 ss.).

A este mismo género de los comentarios pertenecen las *notae* que distintos juristas escribieron, especialmente en los siglos II y III, a importantes obras jurídicas anteriores. Así, por ejemplo, sabemos que Cervidio Escévola escribió unas *Notae ad Iuliani Digesta* (Escévola, D. 2.14.54; D. 18.6.11) y otras a los *Digesta* de Marcelo (Ulpiano, D. 23.3.12.1; Ulpiano, D. 24.1.11.6, Fragmentos Vaticanos 82); y que, a su vez, los digestos y los *libri responsorum* de este jurista fueron "anotados" por el jurista de origen griego Claudio Trifonino. En muchos casos, las anotaciones servían para expresar opiniones contrarias. Así, por ejemplo, Ulpiano, en el libro quinto de su comentario edictal, recogido en D. 5.1.16, refiere la censura de ciertos juristas en sus anotaciones hacia la opinión de Juliano, de que se puede entablar acción contra el heredero del juez que prevaricó: "*quae sententia vera non est et a multis notata est*".

La obra casuística fue realizada tantas veces por los propios discípulos de los grandes juristas, que, en ocasiones, no eran sino libros de *responsa* ordenados conforme al "desordenado" orden edictal -así ironizaba Mommsen, (*Gesammelte Schriften* I, Berlín 1904, pág. 164: "*diese Ordnung oder Unordnung ist die des julianischen Edicts*")-; otras veces se trataba de libros que recogían *quaestiones* o *disputationes*, es decir, casos imaginarios para el aprendizaje de los *auditores*. Estos libros llamados problemáticos son abundantísimos. A modo de ejemplo, se pueden mencionar algunos de los que conservamos más fragmentos, como las mencionadas *Quaestiones* de Africano (*Palingenesia* I, cols. 2 ss.), los XX libros de *Quaestiones* de Cervidio Escévola (*Palingenesia* II, cols. 271 ss.) así como sus seis libros de *responsa* (*Palingenesia* II, cols. 287 ss.); los XXXVIII libros de *Quaestiones* de Papiniano (*Palingenesia* I, cols. 813 ss.), los *XIX Responsorum libri* de Papiniano (*Palingenesia* I, cols. 881 ss.); las *Quaestiones* de Paulo, en XXVI libros (*Palingenesia* I, cols. 1181 ss.), así como sus *XXIII Responsorum libri* (*Palingenesia* I, cols. 1223 ss.). A este género casuístico pertenecían también los llamados "digestos" (materias ordenadas), que, siguiendo el esquema edictal, combinaban *responsa* y *quaestiones* con comentarios tanto de Derecho civil como de Derecho penal, militar, etc. Escribieron *digesta*, entre otros, Alfeno (*Digestorum libri XL*, *Palingenesia* I, col. 37), Celso (*Digestorum libri XXXIX*, *Palingenesia* I, cols. 127 ss.), Marcelo (*Digestorum libri XXXI*, *Palingenesia* I, cols. 589 ss.) y Cervidio Escévola (*Digestorum libri XL*, *Palingenesia* I, col. 215 ss.). Pero quizá los más importantes fueron los digestos de Salvio Juliano (*Digestorum libri XC*, *Palingenesia* I, cols. 318 ss.), considerados como una de las obras más importantes de la literatura jurídica romana.

Fue también abundante la literatura isagógica. En efecto, a partir de Adriano se hicieron necesarias obras elementales para la formación de los nuevos funcionarios. Entre ellas, se pueden destacar las ya mencionadas *Instituciones* de Gayo y las de Florentino (citadas todavía tres siglos después en los *Scholia Sinaitica* 13.35, *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, en adelante *FIRA*., II. *Auctores*, 2ª ed. Florencia 1964, pág. 647), ambas del siglo II, así como las posteriores, ya en el siglo III, de Calístrato, jurista probablemente de

origen griego, y Elio Marciano, quizá funcionario de la cancillería imperial en época de Caracala y Alejandro Severo.

Una finalidad cercana a la isagógica de las *Instituciones* cumplieron también los libros de principios abstractos, es decir, de *regulae* o definiciones (siempre "peligrosas" en Derecho civil; Javoleno, D. 50.17.202), los de *sententiae* (colecciones de disposiciones jurídicas en forma de máxima), opiniones y *differentiae* (conforme al método helenístico de contraposición de conceptos análogos). A modo de ejemplo, se pueden mencionar los *Regularum libri XV*, de Neracio Prisco (*Palingenesia* I, cols. 774 ss.), el *liber singularis Regularum*, de Pomponio (*Palingenesia* II, cols. 85 s.), el *liber singularis regularum* (*Palingenesia* I, col. 251) y los tres libros de reglas de Gayo (*Palingenesia* I, col. 251), los dos libros de definiciones de Papiniano (*Palingenesia* I, cols. 809 ss.), los seis libros de opiniones de Ulpiano (*Palingenesia* II, cols. 1001 ss.), o los nueve libros de *differentiae* de Modestino, a caballo, como se ha dicho, con la época posclásica (*Palingenesia* I, cols. 701 ss.), así como su *De differentia dotis liber singularis* (*Palingenesia* I, col. 701), del que sólo conservamos un fragmento en el Digesto (D. 23.3.13).

Como último tipo de literatura clásica se pueden mencionar las monografías y los libros de instrucción para algunas magistraturas. Las monografías comprendían los temas más variados sobre personas (*De manumissionibus libri III*, de Gayo, *Palingenesia* I, col. 250 s.; *De iure patronatus liber singularis*, de Paulo, *Palingenesia* I, col. 1118); herencia (Aburnio Valente, *De fideicommissis libri VII*, *Palingenesia* II, cols. 1202 ss.; Paulo, *Ad regulam Catonianam liber singularis*, *Palingenesia* I, col. 1221); obligaciones (Gayo, *De verborum obligationibus libri III*, *Palingenesia* I, cols. 261 ss.; Venuleyo, *De stipulationibus libri XIX*, *Palingenesia* II, cols. 1218 ss.), procedimiento (Venuleyo, *De interdictis libri VI*, *Palingenesia* II, cols. 1210 ss.; Calístrato, *De cognitionibus libri VI*, *Palingenesia* I, cols. 81 ss.), Derecho criminal (Macro, *De iudiciis publicis libri II*, *Palingenesia* I, cols. 565 ss.; Paulo, *De poenis paganorum liber singularis*, *Palingenesia* I, col. 1178), fiscal (Calístrato, *De iure fisci et populi libri IV*, *Palingenesia* I, cols. 97 ss.); o militar (Libros *de re militari* escribieron Tarrutenio Paterno, *Palingenesia* II, cols. 335 ss.; Arrio Menandro, *Palingenesia* I, cols. 695 ss. y Emilio Macro, *Palingenesia* I, cols. 573 s.).

Los libros de instrucción a los magistrados fueron escritos en época severiana, con un fin próximo ya al de las constituciones imperiales que recogen. A modo de ejemplo, se pueden mencionar los libros de Paulo, *De officio adsessorum* (*Palingenesia* I, col. 1143), *De officio praefecti urbis* (*Palingenesia* I, col. 1143), *De officio praefecti vigilum* (*Palingenesia* I, col. 1144), *De officio praetoris tutelaris* (*Palingenesia* I, col. 1145); *De officio proconsulis* (*Palingenesia* I, col. 1145).

V

El último periodo de la jurisprudencia romana -llamado posclásico- comprende desde el final de la dinastía de los Severo y comienzo de la anarquía militar (235 d.C.) hasta la compilación de Justiniano, en torno al 530. A nuestros efectos, ni la división del imperio de Oriente y Occidente consumada definitivamente tras la muerte del emperador Teodosio I, en el año 395, ni la caída de Roma el año 476 en manos de Odoacro, rey de los Hérulos, alteraron la esencia de la ciencia jurídica posclásica, marcada por "*the complete victory of bureaucracy*" (F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., Oxford 1953, pág. 263). Esta burocratización, sinónimo a todas luces de decadencia jurídica, sí que produjo una profunda transformación de la ciencia jurídica, en términos equiparables a la reciente

ocasionada por el positivismo legalista como culminación del Estado de Derecho. En efecto, los ya lejanos independientes juristas republicanos que pronunciaban sus tan sencillos y solemnes *responsa* en servicio de jueces, magistrados y particulares, y que, con el tiempo, pasaron a constituir el *consilium Principis* de un Adriano, un Marco Aurelio o de los mismos Severo, se convirtieron en simples funcionarios a las órdenes de emperadores soldados muy poco interesados por las cuestiones jurídicas, consideradas un límite de su potestad imperial. Por lo demás, a partir del emperador Constantino (306-337 d.C.) desaparecieron los rescriptos como fuente del Derecho por lo que la ley imperial se erigió en única fuente del Derecho.

Representantes de esta época posclásica son Hermogeniano y Arcadio Carisio. Al primero se atribuye una colección de rescriptos de los años 293 y 294, en un solo libro, continuadora de otra anterior de un tal Gregorio o Gregoriano (*Codex Gregorianus*), que compiló los rescriptos desde Adriano al 292, ya pertenecientes a Diocleciano. Escribió también Hermogeniano un epítome en seis libros (cfr. D. Liebs, *Hermogenians Iuris Epitomae*, Gotinga 1964). Aurelio Arcadio Carisio, en el siglo IV, escribió tres libros: sobre los testigos, las cargas civiles y sobre el prefecto pretorio.

La tendencia pragmática a la epitomación, que es junto al descuido de la forma y de las categorías conceptuales una clara manifestación del vulgarismo caracterizante de esta época (cfr. Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 9ª ed., Pamplona 1997, §57), se concretó en obras como las llamadas *Sentencias de Paulo*, atribuidas a este *vir prudentissimus* (así lo denomina Gordiano III en un rescripto a Valeria, del 239, recogido en CJ. 5.4.3), el *Liber singularis regularum, Tituli ex corpore Ulpiani* o *Epitome Ulpiani* (*FIRA*. II, págs. 259 ss.), atribuido a Ulpiano. De distinta naturaleza, por fundir jurisprudencia y constituciones imperiales, aunque también formadas por estratos, son la *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio* (*FIRA*. II, págs. 541 ss.) denominada *Lex Dei*, de época diocleciana, pero reelaborada en el siglo IV, que concatena textos romanos y mosaicos, y los *Fragmenta Vaticana* (*FIRA.* II, págs. 461 ss.), compilación también occidental, del IV o primer tercio del V, para uso de los juristas, descubierta por el Cardenal Mai, en 1821, en un palimpsesto de la Biblioteca Vaticana del siglo VIII (*codex Vat.* 5766). Posteriores son el *Libro siro-romano*, del siglo V (ed. G. Bruns y E. Sachau, Leipzig 1880 reimpr. Aalen 1961; trad. latina de C. Ferrini, *FIRA.* II, págs. 751 ss.), conocido a través de algunas versiones posteriores en sirio, árabe y armenio (a este mismo entorno cultural pertenecen las 102 *Sententiae Syriacae*, del siglo VIII, editadas por Walter Selb, en 1990), y la llamada *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (*FIRA.* II, págs. 591 ss.), quizá compilada en el Sur de las Galias a finales del siglo V o comienzos del VI.

Como en todo periodo de decadencia por falta de creatividad, comenzó a ser frecuente, al término de la época clásica, la presentación en juicio de rescriptos falsos. De ello tenemos noticia por un rescripto del emperador Alejandro Severo, del 227, a Máximo (CJ. 9.22.3.[4]), pidiéndole mayor dureza en el castigo de los que se sirven de falsificaciones: *maiorem severitatem exigit, ut merita eorum qui falsis rescriptionibus utuntur digna poena coerceantur* (cfr. también Modestino, D. 48.10.33 y PS. 1.12.1, sobre la *lex Cornelia de falsis*). Constantino, por constitución imperial de 28 de septiembre de 321 (CTh. 1.4.1), a fin de acabar con la interminable controversia (*perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes*) sobre la autenticidad de las notas a Papiniano, que venían atribuyéndose a Paulo y Ulpiano, ordenó que éstas fuesen destruidas. Pocos años después permitió que se pudieran citar en juicio todas las obras de Paulo (CTh. 1.4.2, del 327[?]:

universa, quae scriptura Pauli, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda).

Había transcurrido un siglo cuando el emperador de Occidente Valentiniano III promulgó una ley imperial el 7 de noviembre de 426 (CTh. 1.4.3) que redujo la posible consulta y utilización en juicio, tanto por jueces como por particulares, a las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino. En Oriente, sin embargo, esta medida se consideró excesiva, por lo que, cuando se incorporó esta ley al Código Teodosiano (del 438) -última compilación legal válida tanto para Oriente como Occidente- se reformó admitiendo la posibilidad de citar en juicio a aquellos juristas (prácticamente todos) que fueran a su vez mencionados por los cinco principales, siempre que se confirmase la autenticidad por el cotejo de códices (*si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur*). La Ley de Citas perdió su vigencia con la promulgación de la edición del Código de Justiniano de 534 (todavía la mantuvo en el *Codex* de 529; cfr. P. Oxy. 1824, ed. Bernard Grenfell y Arthur Hunt, *The Oxyrhynchus Papyri* XV, Londres 1922, pág. 220).

VI

La obra jurídica que más ha influido en la configuración de la cultura de Occidente es, sin duda, el denominado, a partir del siglo XVI, *Corpus Iuris Civilis*, es decir, la compilación de *leges* y *ius* promulgada por el emperador Justiniano I en torno al 530. Tanto es así, que este hito jurídico justifica por sí mismo la prolongación de esta importante etapa de la ciencia jurídica hasta mediados del siglo VI, e incluso el inicio de la ciencia jurídica medieval con el redescubrimiento, en Pisa, el año 1050, de un manuscrito del Digesto justinianeo del s. VI (la llamada *littera Pisana*, y en nuestros días, *Florentina*, por encontrarse en Florencia desde 1406).

Ambicioso, vigoroso y con talento, tras unos meses de gobierno con su tío Justino I, el 1 de agosto de 527, Flavio Justiniano tomó las riendas en solitario del Imperio romano de Oriente. Fue deseo suyo recuperar la esplendorosa unidad política, religiosa y jurídica del *Imperium Romanum*. Para satisfacerlo, reconquistó parte del Imperio de Occidente (el norte de África, Italia y una parte del sur de España), construyó el templo mayor de la cristiandad en Constantinopla, como expresión de la unidad entre su Imperio y la Iglesia, y ordenó una compilación del *ius Romanorum*.

Esta impresionante obra jurídica, realizada en un tiempo, impensable para la época, inferior a los siete años (528 a 534 d.C.), fue posible gracias a la buena preparación clasicista de las dos más importantes escuelas jurídicas de Oriente -la de Berito y la de Constantinopla- y muy particularmente a la genialidad del jurista Triboniano, reconocida expresamente por el propio Justiniano, entre otras ocasiones, en la Constitución *Deo auctore*, núm. 3 sobre la constitución del Digesto, de 15 de diciembre de 530: "*...ad tuae sinceritatis optimum respeximus ministerium...*".

La compilación está compuesta de tres partes: unas "*Instituciones*", en cuatro libros, inspiradas principalmente en las de Gayo; un "*Digesto*", es decir "ordenación sistemática" de jurisprudencia clásica, también llamado, en griego, "*Pandectas*", y un *Codex* de legislación imperial, en doce libros, llamado *Codex Iustinianus*. A estas tres partes se agregaron ciento sesenta y ocho Novelas (nuevas leyes posteriores de Justiniano), redactadas casi todas ellas en griego, confirmando así la antigua profecía, del siglo III o IV, referida por el autor bizantino Juan Lido, *De magistratibus* 2.12 (ed. E. Bekker, págs. 177

s.), de que la ruina del Imperio romano vendría por el desplazamiento del latín por el griego.

Aunque éste sea el orden de edición, lo cierto es que en primer lugar se publicó el Código. Entre la constitución justinianea que ordenaba su elaboración -*Haec quae necessario*, de 13 de enero de 528- y la constitución *Summae rei publicae* de promulgación, de 7 de abril de 529, no habían transcurrido apenas quince meses. La comisión compiladora estuvo compuesta por los funcionarios Juan de Capadocia, que actuó de presidente, Leoncio, Focas, Basilides, Tomás, Triboniano, Constantino; Teófilo, profesor de Derecho de Constantinopla, y los abogados Dióscoro y Presentino (*Haec quae necessario* 1). Con todo, la fecunda actividad legislativa de Justiniano impuso la necesidad de elaborar una segunda edición del *Codex* (*codex repetitae praelectionis*), promulgado el 16 de noviembre de 534 y en vigor desde el 29 de diciembre (cfr. Constitución *Cordi* 4).

Los cuatro libros de las *Instituciones* ("Instituta" en la tradición española) -divididas en personas, cosas y acciones como las gayanas- fueron elaborados por Triboniano, Teófilo y Doroteo, y se publicaron por la constitución *Imperatoriam*, de 21 de noviembre de 533. Tras su entrada en vigor se convirtieron en el texto básico del primer curso de Derecho (Constitución *Omnem* 2) a fin de que "la inteligencia ruda del estudioso, alimentada con estas primeras nociones, pueda llegar con mayor facilidad al estudio de la jurisprudencia más elevada" (Constitución *Deo auctore* 11: "*ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam*").

Mayor interés tiene el Digesto (o Digestos), que recoge una antología jurisprudencial por materias, especialmente pertenecientes a los juristas clásicos tardíos, conforme al orden del Edicto perpetuo combinado con el del Código. Esta parte central de la obra justinianea fue encomendada a Triboniano, en esos momentos *quaestor sacri palatii*, en virtud de la Constitución *Deo auctore*, de 15 de diciembre de 530, sobre la concepción del Digesto. En ella, el Emperador le ordenó que, en cincuenta libros, a modo de fortaleza (*quasi quodam muro vallatum*), recopilara todo el Derecho antiguo, acumulado durante cerca de mil quinientos años (*Deo auctore* 5) eliminando antinomias (*Deo auctore* 8) y repeticiones (*Deo auctore* 9) -cosa que no se logró siempre- y alterando los textos mediante interpolaciones -que fueron *multa et maxima* según afirma en la Constitución *Tanta* 10- para adecuarlos al Derecho entonces vigente. Triboniano gozó de una gran libertad en la elaboración de la comisión (Constitución *Deo auctore* 3: "*et iussimus, quos probaveris ... ad sociandum laborem eligere*"), compuesta por diecisiete miembros, a saber: Teófilo, profesor de Constantinopla, y su colega Cratino; los profesores de Berito Doroteo y Anatolio; Constantino, ministro y canciller, así como once abogados: Esteban, Mena, Prosdocio, Eutolmio, Timoteo, Leónidas, Leoncio, Platón, Jacobo, otro Constantino y Juan (Constitución *Tanta* 9 = *Dedoken* 9). En contra de toda previsión, la obra fue realizada, gracias a las dotes organizativas de Triboniano, con una enorme rapidez, aunque no hay que descartar la posibilidad de que se contara ya, antes de que la comisión iniciara su labor recopiladora, con abundante material seleccionado. De los más de 9.000 fragmentos jurisprudenciales que contiene la compilación, extraídos de 1.625 libros, 6.000 corresponden a los juristas mencionados en la Ley de Citas. Entre ellos destaca Ulpiano (más del 40%), al que sigue Paulo (más del 15%). Los fragmentos de las obras de Papiniano superan el 5%; rozan este porcentaje los extraídos de la obra de Quinto Cervidio Escévola. A Pomponio y Juliano corresponden más del 4%, al que no llega -poco le queda-, Gayo.

Documento de interés para el conocimiento de la literatura jurídica romana ha sido el denominado *Index Florentinus*, escrito en griego, ordenado hacer por Justiniano a los compiladores del Digesto. Este *Index*, conservado en el *Codex Florentinus* (ed. facsímil de A. Corbino y B Santalucia, Florencia 1988, 4*r*, 4*v* y 5*r*; así como ed. de Th. Mommsen I, 1870, págs. LII ss., y Th. Mommsen, P. Krüger, ed. 1954, págs. 25 ss.) recoge una relación de juristas de cuyas obras se tomó algún fragmento para incorporarlo al Digesto; no desgraciadamente las que fueron usadas por los compiladores pero no seleccionadas. La relación se inicia con los nombres de Juliano, Papiniano y Quinto Mucio Escévola. Un más exhaustivo *Index librorum ex quibus Digesta compilata sunt* fue cuidado por Paul Krüger (ed. Th. Mommsen y P. Krüger, *Digesta*, Berlín 1954, págs. 932 ss.).

Este florecimiento jurídico clasicista de Oriente, gracias a las Escuelas de Berito y Constantinopla, contrastaba con la trivialidad del Derecho vulgar de Occidente, que sólo supo ofrecer, al tiempo de la compilación justinianea, como monumento de lo que había sido el Derecho romano, un tan magno como pobre cuerpo legal conocido como la *Lex Romana Visigothorum* o "Breviario de Alarico" (del 506 d.C.) (ed. G. Haenel, Leipzig 1849, reimpr. Aalen 1962), del rey visigodo Alarico II. Contenía éste, con enormes mutilaciones, el *Código Teodosiano* -último cuerpo legal válido para Occidente y Oriente, promulgado por Teodosio II, el año 438- las leyes teodosianas y posteodosianas, las sentencias de Paulo, el epítome de Gayo, algunos fragmentos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y uno tomado de Papiniano, acompañados, en su caso, de *interpretationes*. El breviario alariciano, tan apreciado por los pueblos germánicos, evidenciaba el anochecer cultural de Occidente. Una vez más, la luz vendría de Oriente: *ex oriente lux.*

VII

Muchas y fecundas son las lecciones que ofrece la jurisprudencia romana en la hora presente, pues es inagotable tesoro. Entre ellas, sin embargo, destacaría, en estos momentos, la "armonía" de su elegante composición.

Halló la jurisprudencia romana un profundo equilibrio entre lo privado y lo público, entre lo natural y lo civil, entre la ley (*lex*) y el Derecho (*ius*), y, dentro de éste, entre su sentido objetivo (*ius ratumque*) y el subjetivo (*ius potestasque*), entre la flexibilidad de la *fides* y la seguridad de la forma, entre lo propio (*ius civile*) y lo universal (*ius gentium*), entre la tradición jurisprudencial romana y la innovación edictal, entre la abstracción y la causalidad, entre lo personal y lo territorial, la justicia y la equidad, la moral y el derecho, lo teórico y lo práctico, sin pretender nunca dividir en partes iguales, uniformar, limitar la *libertas*, tradicional del alma romana. Esto fue posible porque fue el romano, sobre todo y ante todo, un "Derecho de juristas" ("*Juristenrecht*", dicen los alemanes), muy poco legislado, que construyó ese pilar de nuestra civilización piedra a piedra (caso a caso), es decir, jurisprudencialmente, por fiarse más del argumento de autoridad que de la fuerza de la potestad. Aquí radica precisamente su carácter imperecedero, es decir, clásico, de modelo para otros muchos sistemas jurídicos y base necesaria para la formación de un tan deseado Derecho global.